

ORIGINALE



REPUBBLICA ITALIANA

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA LOMBARDIA
MILANO**

SEZIONE IV

Registro Sentenze: 3678/05
Registro Generale: 176/2005

nelle persone dei Signori:

MAURIZIO NICOLOSI Presidente
MARCO BIGNAMI Ref.
ALESSANDRO CACCIARI Ref. , relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nell'Udienza Pubblica del **28 Giugno 2005**

Visto il ricorso 176/2005 proposto da:

HERA TRADING SRL

rappresentata e difesa da:

*SICA MARCO
CAIA GIUSEPPE
COLOMBARI STEFANO*

con domicilio eletto in MILANO

CORSO DI PORTA VITTORIA 16

presso

SICA MARCO

contro

AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

rappresentato e difeso da:

AVVOCATURA DISTR. DELLO STATO

con domicilio eletto in MILANO

VIA FREGUGLIA, 1

presso la sua sede

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, non costituita;

Re

e nei confronti di
ASPES GAS SRL
rappresentato e difeso da:
BUCCI GIANLUCA
con domicilio eletto in MILANO
SEGRETERIA TAR, V. CONSERVATORIO,13
presso la sua sede

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, della delibera dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas n. 248/04 del 29 dicembre 2004, recante "Modalità di aggiornamento della componente materia prima delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale e revisione del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso", pubblicata sul sito dell'Autorità il 30.12.2004, nonché di tutti gli atti connessi, consequenziali e presupposti;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

ASPES GAS SRL

AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Udito il relatore Ref. ALESSANDRO CACCIARI e uditi i difensori presenti delle parti come da verbale;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue

FATTO

1. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito: "Autorità"), con propria deliberazione 29 novembre 2002, n. 195, in applicazione di quanto disposto dal d. l. 4 settembre 2002, n. 193, convertito in legge 28 ottobre 2002, n. 238, e dal d.P.C.M. 31 ottobre 2002, dispose la modificazione, tra l'altro, e per quanto interessa nella presente sede, del meccanismo di indicizzazione delle tariffe per la fornitura del gas naturale ai clienti finali del mercato vincolato, nella parte relativa al costo della materia prima.
2. Con successiva deliberazione 12 dicembre 2002, n. 207, stabilì che le condizioni di fornitura praticate al 31 dicembre 2002 ai medesimi clienti finali continuassero a trovare applicazione fino all'accettazione di una nuova offerta contrattuale, in tal modo disponendo l'ultrattività di dette condizioni anche successivamente all'apertura del mercato, quando ogni utente del sistema del gas naturale avrebbe acquistato la capacità di stipulare contratti con qualunque fornitore.

3. Con deliberazione 4 dicembre 2003, n. 138, agli artt. 2 e 3, ridefinì i criteri che le imprese esercenti la vendita del gas naturale ai clienti finali avrebbero dovuto applicare per la determinazione delle condizioni economiche previste dalla precedente delibera n. 207/02.

4. Con deliberazione 29 dicembre 2004, n. 248, oggetto del presente gravame, è stata parzialmente modificata la precedente delibera n. 195/02, per quanto attiene alle modalità di aggiornamento della componente materia prima delle condizioni economiche per la fornitura del gas naturale ai clienti finali. L'Autorità ha infatti reso obbligatoria l'introduzione, nei contratti di compravendita al dettaglio del gas, di una "clausola di salvaguardia" che limita al 75% l'aumento dei prezzi, qualora il costo dei prodotti petroliferi oltrepassi una determinata soglia di riferimento (20-35 dollari al barile, calcolato secondo il prezzo del *Brent*).

Lo stesso provvedimento ha stabilito che detto meccanismo di aggiornamento si applichi anche ai contratti di compravendita all'ingrosso del gas che non prevedono clausole di aggiornamento o di revisione prezzi in caso di modifica della disciplina di aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura: in tal caso, infatti, ai sensi dell'art. 2 del provvedimento in esame, gli esercenti sono obbligati ad offrire ai propri clienti nuove condizioni economiche, determinate in coerenza con l'aggiornamento della componente materia prima effettuato dall'Autorità relativamente alle condizioni economiche di fornitura agli utenti finali.

L'art. 3 della delibera impugnata ha poi disposto, con effetto dall'1 ottobre 2005, la revisione del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso, e l'art. 4 ha effettuato l'aggiornamento, secondo le nuove modalità introdotte, delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale per il trimestre gennaio - marzo 2005.

5. Avverso tale ultimo provvedimento dell'Autorità è insorta l'impresa Hera Trading s.r.l., in persona dell'Amministratore delegato *pro tempore*, con il presente ricorso, notificato il 18 gennaio 2005 e depositato il 20 gennaio 2005, deducendo violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si è costituita l'Autorità, chiedendo il rigetto del ricorso.

La controinteressata società Aspes Gas srl, con ricorso incidentale notificato il 2 febbraio 2005 e depositato il 21 febbraio 2005, ha chiesto l'annullamento del provvedimento impugnato con il ricorso principale.

Con ordinanza n. 159 del 25 gennaio 2005, confermata dall'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1527 del 22 marzo 2005, è stata disposta la sospensione incidentale del provvedimento impugnato.

All'udienza del 28 giugno 2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La ricorrente svolge attività di importazione e vendita all'ingrosso del gas naturale, e contesta sotto diversi profili la legittimità della deliberazione dell'Autorità n. 248/04.

1.1 In primo luogo, a dire della ricorrente, l'Autorità non avrebbe alcun potere regolatorio nell'ambito della vendita all'ingrosso e dell'importazione di gas naturale, poiché tali segmenti produttivi non sarebbero qualificabili come servizi di pubblica utilità ai sensi e per gli effetti della Legge 14 novembre 1995, n. 481.

1.2 In secondo luogo, contesta l'impugnata delibera sotto il profilo della ragionevolezza poiché il meccanismo posto in essere determinerebbe la traslazione del rischio commerciale principalmente in capo ai grossisti, dato che questi non hanno la sicurezza di potere rinegoziare le condizioni di acquisto del gas dai propri fornitori.

1.3 Inoltre, per ottemperare alle disposizioni dell'impugnata delibera il grossista dovrebbe acquisire dall'impresa di vendita una serie di informazioni dettagliate sulla sua clientela, determinandosi così una potenziale alterazione della concorrenza sul mercato, posto che sovente il grossista rifornisce anche clienti finali.

1.4 La delibera oggetto del presente gravame sarebbe poi illegittima per il contrasto tra il suo contenuto rispetto al documento di consultazione diffuso dall'Autorità, il quale non avrebbe paventato l'applicazione anche ai grossisti di gas naturale delle misure di cui al provvedimento finale.

1.5 Il provvedimento impugnato, inoltre, postula che la diminuzione dei ricavi delle imprese di vendita del gas conseguente all'applicazione obbligatoria, nei propri contratti, della "clausola di salvaguardia" che limita l'aumento dei prezzi quando il costo dei prodotti petroliferi oltrepassa la soglia di riferimento, possa essere compensata, in futuro, dai guadagni derivanti da una diminuzione del prezzo della stessa materia prima. Ma il portafoglio clienti delle imprese operanti in un mercato liberalizzato come quello del gas non è affatto stabile e può diminuire; inoltre, non appare prevedibile una futura diminuzione del prezzo del petrolio atta a consentire detto recupero di ricavi.

Sotto questo profilo, il provvedimento in questione non garantirebbe agli esercenti una congrua remunerazione del capitale investito né lo svolgimento della propria attività in condizione di economicità e redditività.

1.6 Inoltre esso sarebbe viziato da difetto di istruttoria, in riferimento all'asserita prassi degli operatori più efficienti di prevedere clausole di adeguamento dei corrispettivi legate all'andamento dei prezzi dei prodotti petroliferi e all'affermato maggior peso che dovrebbe assumere il BTZ rispetto

al gasolio, nella determinazione del paniere di riferimento di cui alla delibera dell' Autorità n. 195/02.

1.7 L'Autorità avrebbe poi messo a disposizione degli interessati un termine eccessivamente breve per presentare osservazioni, nessuna delle quali sarebbe poi stata accolta.

1.8 La ricorrente censura anche la continua modificazione delle condizioni economiche di vendita del gas naturale, che impedirebbe la formazione di un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti.

1.9 Ulteriore motivo di illegittimità della delibera impugnata sarebbe, infine, la modificazione delle condizioni economiche di vendita del gas naturale ad anno termico iniziato.

2. La ricorrente incidentale, a sua volta, chiede l'annullamento della deliberazione impugnata con il ricorso principale.

3. L'Avvocatura dello Stato, costituita per l'Autorità, replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente, evidenziando in particolare che la previsione, nei contratti di vendita al dettaglio ed all'ingrosso del gas naturale, di una clausola di salvaguardia che impedisca agli operatori di aumentare i prezzi oltre una certa soglia anche in caso di aumento della materia prima, corrisponderebbe alla prassi contrattuale degli operatori più efficienti, e sarebbe stata dettata dall'eccezionalità e dalla rilevanza di un imprevisto aumento dei prezzi dei prodotti petroliferi.

D'altra parte, la definizione nel merito della controversia relativa alla delibera dell'Autorità n. 188/04 ha consentito a questa di acquisire, almeno in parte, informazioni e dati sulle prassi contrattuali nel settore, i quali avrebbero evidenziato la presenza, in un numero significativo di contratti, della clausola di salvaguardia o di strumenti in grado di ottenere analoghi effetti.

Quanto ai dedotti vizi procedimentali, la loro presenza sarebbe smentita dal fatto che trentasette esercenti hanno presentato le loro osservazioni

4. Deve anzitutto essere dichiarato inammissibile il ricorso incidentale presentato dalla controinteressata Aspes Gas srl.

Il ricorso incidentale costituisce lo strumento che l'ordinamento appronta affinché il soggetto controinteressato nell'ambito di un ricorso principale faccia valere o una ragione ostativa alle censure svolte con il ricorso principale, paralizzandone così gli effetti, o una propria posizione, contrastante sia con l'Amministrazione intimata, che con il ricorrente principale. Con tale strumento, infatti, egli può impugnare un atto diverso da quello oggetto del ricorso principale od il provvedimento oggetto dello stesso ricorso principale

in punti o per motivi diversi da quanto richiesto con quest'ultimo (C.d.S. 22 marzo 2004, n. 1459 in C.S. n. 3/04, I, 644), al quale è perciò subordinato, con la conseguenza che la sua inammissibilità o irricevibilità ne provoca il travolgimento.

Il ricorso incidentale è cioè dato al controinteressato al fine di formulare impugnazione avverso altro o lo stesso provvedimento gravato in via principale per vizi diversi da quelli dedotti dal ricorrente, e per conseguire un effetto processuale a suo favore (C.d.S. 28 maggio 2004, n. 3456 in C.S. n. 5-6/04, I, 1148), sulla base di un interesse ad agire che nasce al momento della notificazione del ricorso principale. Così, nella materia degli appalti pubblici, il ricorso contro il provvedimento di aggiudicazione proposto dal secondo classificato in graduatoria fa nascere l'interesse dell'aggiudicatario ad impugnare, in via incidentale, il provvedimento di aggiudicazione nella parte in cui ha ammesso alla gara il secondo classificato - ricorrente principale, interesse del quale non era in alcun modo titolare prima della proposizione del ricorso principale.

Perciò, a causa della sua funzione accessoria rispetto al ricorso principale, si è consolidato in giurisprudenza il principio in base al quale con il ricorso incidentale non possono essere fatte valere avverso il medesimo atto censure che, in quanto afferenti ad una lesione immediata, avrebbero potuto (*rectius*: "dovuto") essere dedotte in sede di autonomo ricorso principale.

Facendo applicazione di questi principi al caso concreto, ne segue che il ricorso incidentale deve essere dichiarato inammissibile poiché contiene le medesime conclusioni del ricorso principale, le quali sono fondate sugli stessi motivi dedotti con quest'ultimo. Il ricorrente incidentale fa così valere una posizione non contrapposta, ma parallela al ricorrente principale e deduce censure che avrebbe dovuto introdurre mediante l'impugnazione del provvedimento *de quo* in via principale, poiché si fondano su un interesse ad agire nato dall'emanazione di quest'ultimo e non dalla notificazione del ricorso principale.

5. Il Collegio può affrontare ora il merito delle questioni dedotte nel ricorso. Preliminarmente, però, occorre fare alcune precisazioni in ordine sia al contenuto della delibera impugnata, che interviene- con un effetto a catena- a modifica di precedenti delibere adottate in contesti di mercato e normativi diversi da quelli sotto cui cade la delibera predetta; sia all'ambito degli effetti che la stessa delibera 248/04 esplica nei confronti dell'intera filiera relativa alla "commercializzazione" del gas naturale.

5.1. Per quanto concerne il primo punto, occorre evidenziare che la delibera 248/04, all'art. 1.1 introduce una modifica dell'art. 1.2 della delibera 195/02 che, a sua volta, aveva modificato l'art. 1.2 della delibera 52/99. Quest'ultima disposizione era stata emessa in riferimento all'aggiornamento delle tariffe del gas naturale distribuito a mezzo di rete urbana, in un contesto normativo

anteriore al d. lgs. 23 maggio 2000, n. 164, che per la prima volta ha dato, tra l'altro, la definizione di fornitura. La delibera n. 195/02, sul punto, ha innestato una modifica relativa alle tariffe di fornitura, che secondo la definizione del richiamato d. lgs. n. 164/00, attiene alla "consegna o vendita di gas naturale" (art. 2, comma 1, lett. o), ossia ad attività pienamente liberalizzata, come a breve si dirà.

5.2. Relativamente al secondo punto, proprio avendo riguardo alle finalità che hanno determinato l'Autorità ad apportare la modifica introdotta con l'art. 1.1., la disciplina data in particolare dal rinvio contenuto nell'art. 2 – vero oggetto dell'intervento dell'Autorità per rendere effettivo l'argine agli impulsi inflazionistici derivanti da un sistema di aggiornamento monco- non può non convincere della trasversalità della modifica in ordine a tutta la filiera di commercializzazione del prodotto; diversamente realizzandosi una soluzione di continuità negli effetti di "calmierazione" che avrebbe finito per ripercuotersi a danno di una sola parte contrattuale a monte della fornitura del cliente finale.

Da ciò consegue che appare al Collegio indifferente, ai fini della legittimazione al ricorso e all'interesse all'impugnazione della delibera n. 248/04, la posizione di grossista importatore e/o grossista- impresa di vendita intermediaria.

6. Tanto preliminarmente precisato, nel merito deve essere esaminato in via prioritaria il motivo con il quale la ricorrente deduce che, nel caso concreto, l'Autorità non avrebbe potuto esercitare alcun potere regolatorio.

Il motivo è fondato nei termini seguenti.

6.1 Questa Sezione ha sostenuto una concezione allargata del concetto di "servizio di pubblica utilità", in occasione dell'entrata in vigore del d. l. 4 settembre 2002, n. 193, convertito in legge 28 ottobre 2002, n. 238 (in seguito: "d.l. 193/02"). Questo, all'art. 1, comma 1, rimise ad un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri il compito di determinare criteri integrativi per le tariffe dei "servizi pubblici di cui alla legge n. 481/95". Il d.P.C.M. 31 ottobre 2002 stabilì che l'Autorità avrebbe dovuto provvedere a "definire, calcolare e aggiornare le tariffe relative all'elettricità e al gas, anche successivamente alla apertura dei mercati ai clienti idonei, al fine di consentire un ordinato e graduale passaggio al mercato liberalizzato da parte degli utenti finali" che, all'epoca, si trovavano nella condizione di cliente vincolato. In tal modo, quindi, il legislatore prima ed il potere esecutivo poi, stabilirono l'ultrattività dei poteri regolatori, anche tariffari, dell'Autorità all'interno (anche) del mercato del gas naturale successivamente alla liberalizzazione del medesimo, al fine di consentire una regolare transizione dal mercato vincolato a quello libero, con l'intento di evitare in particolare la formazione spinte inflazionistiche.

In tale contesto l'Autorità, con la citata delibera n. 207/02, stabilì che le condizioni di fornitura praticate dagli esercenti ai clienti finali alla data del 31 dicembre 2002 continuassero a trovare applicazione fino all'accettazione di una nuova offerta contrattuale da parte dei secondi, e con successiva delibera n. 138/03 ridefinì i criteri che i primi avrebbero dovuto applicare per la determinazione delle condizioni economiche di fornitura di cui alla precedente delibera n. 207/02.

Diversi operatori impugnarono la delibera n. 138/03 sostenendo che, in seguito alla liberalizzazione dell'attività di vendita del gas avvenuta il 1° gennaio 2003, l'Autorità avrebbe perduto i propri poteri regolatori in tale ambito, in quanto detta attività non avrebbe potuto essere ricondotta al concetto di servizio pubblico o di pubblica utilità, dovendo invece essere qualificata come attività privata.

La legge n. 481/95 non contiene una definizione del concetto di "servizio di pubblica utilità" sicché l'interprete, per ricostruirlo, deve guardare alle normative di settore, le quali danno la misura delle attività che rientrano nella nozione e che, pertanto, sono soggette al potere regolatorio dall'Autorità.

Ebbene, il d. lgs. n. 164/00, all'art. 28, comma 1, fa(ceva) salvi i poteri regolatori dell'Autorità senza escludere alcuna fase produttiva del settore del gas naturale. In base a tale previsione, la Sezione ha ritenuto che i suddetti poteri regolatori restassero in vigore anche successivamente alla liberalizzazione del mercato, sull'assunto che il legislatore avesse inteso sottoporre a regolazione l'intera filiera produttiva in ragione degli interessi pubblici connessi all'approvvigionamento dell'energia. Tale conclusione era giustificata dall'analisi complessiva delle disposizioni poste dal nostro ordinamento in materia di servizi pubblici, in base alla quali può sostenersi che non esiste un'incompatibilità ontologica tra il concetto di "servizio pubblico" e la titolarità di un'attività da parte di un soggetto privato; al contrario, "la qualificazione di un'attività in termini di pubblico servizio non dipende dalla sua pertinenza in capo all'Amministrazione Pubblica, ma dal suo assoggettamento ad una disciplina di settore che assicura il perseguimento di fini sociali, a prescindere dalla titolarità dell'attività esercitata". In tal modo veniva smentita la tesi secondo la quale sussisterebbe una incompatibilità logica tra la nozione di servizio pubblico ed un'attività svolta da soggetti privati che ne risultano anche titolari, perché concorrenza e regolazione non sono concetti tra loro incompatibili (vedi tra le tante, T.A.R. Lombardia IV, n. 6091/04).

Poiché il d. lgs. n. 164/00 fa(ceva) salvi i poteri regolatori dell'Autorità senza escludere alcuna fase produttiva del settore del gas naturale, questa Sezione ha ritenuto che l'intera filiera del medesimo potesse essere ricondotta al concetto di servizio pubblico inteso in senso oggettivo, o servizio di pubblica utilità,

all'interno del quale, oltre al potere non tariffario dell'Autorità, continuasse ad operare anche quello tariffario in virtù delle previsioni di cui al d.l. 193/02.

Non occorre, del resto, una dimostrazione particolare per capire l'importanza che riveste l'approvvigionamento energetico nei paesi a forte industrializzazione, tanto più in una nazione che, come quella italiana, non dispone di autonomia in questo campo. Quello del gas naturale (insieme a quello dell'energia elettrica) costituisce un settore essenziale per lo sviluppo dell'intera economia nazionale, che logicamente, quindi, il legislatore aveva ritenuto di sottoporre a regolazione anche dopo la liberalizzazione dei mercati, al fine di garantire la continuità, l'efficienza e la non differenziazione nell'approvvigionamento energetico a favore dell'intera collettività, accogliendo una concezione di carattere oggettivo del servizio pubblico, in base alla quale questo viene definito non in ragione della sua riserva a favore di un soggetto pubblico, bensì delle finalità connesse al suo svolgimento che ne giustificano la sottoposizione a regole o, nel caso di specie, a regolazione, per garantirne l'espletamento in modo continuativo, efficiente ed imparziale

Al provvedimento impugnato, *ratione temporis*, è applicabile la legge 23 agosto 2004, n. 239, che induce nuove riflessioni sul tema.

6.2 La suddetta legge n. 239/04, all'art. 1, comma 2, ha indicato, confermando i principi già delineati dalla legislazione vigente di derivazione comunitaria, per il settore dell'energia elettrica e del gas naturale quelle che sono le attività libere, le attività di interesse pubblico e le attività riservate e oggetto di concessione amministrativa.

Nel primo gruppo (lett. a) rientrano produzione, importazione, esportazione, stoccaggio non in sotterraneo, acquisto e vendita (o fornitura) di energia ai clienti idonei nonché le attività di trasformazione delle materie fonti d'energia. Queste sono "libere su tutto il territorio nazionale, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria e dalla legislazione vigente". Tale gruppo di attività è contrapposto a quelle "di interesse pubblico" individuate, ai sensi della lett. b) della disposizione in esame, nel trasporto e nel dispacciamento del gas naturale a rete e nella gestione di infrastrutture di approvvigionamento di energia; il terzo gruppo, di cui alla lett. c), comprende, per quanto riguarda il settore del gas naturale, la distribuzione a rete nonché l'esplorazione, la coltivazione e lo stoccaggio sotterraneo di idrocarburi: tutte queste sono oggetto di concessione amministrativa.

Da tale classificazione si evince che le attività del terzo gruppo sono qualificabili come servizi pubblici in senso soggettivo, mentre quelle di cui al secondo gruppo sono attività di interesse pubblico e, pertanto, sottoposte al potere regolatorio dell'Autorità, e costituiscono i "servizi di pubblica utilità" propriamente detti. A questi gruppi si contrappongono le attività libere, che non sono né oggetto (come per quelle di cui alla lett.c) di concessione

amministrativa né di interesse pubblico, e pertanto non possono non essere sottratte al potere regolatorio dell'Autorità di settore. Queste ultime attività sono solo soggette agli obblighi di servizio pubblico definiti da una normativa comunitaria o da una norma di legge.

Il legislatore ha così sancito la piena libertà delle attività comprese nell'elencazione di cui all'art. 1, comma 2, lett. a) della legge n. 239/04 ^Q sottraendole in tal modo ai poteri regolatori diretti dell'Autorità e creando anche una riserva di legge o di normativa comunitaria, al fine della loro sottoposizione ad obblighi di servizio pubblico: in tanto esse possono esservi sottoposte, in quanto una norma di legge nazionale o una norma comunitaria disponga in tal senso. Il principio della "piena libertà" nel loro svolgimento è enunciato anche nella relazione di accompagnamento alla legge n. 239/04 (pag. 5).

Pur non essendo stato né abolito né esplicitamente modificato, l'art. 28, comma 1, del d. lgs. n. 164/00 deve essere letto in modo coordinato con le disposizioni soprarichiamate della successiva legge n. 239/04: ne segue che i poteri dell'Autorità, nell'ambito del settore del gas naturale, sono fatti salvi dalla normativa settoriale unicamente in relazione alle attività di interesse pubblico o oggetto di riserva, mentre le attività libere, come quella di importazione e vendita all'ingrosso del gas naturale svolta dalla ricorrente, possono essere regolate solamente nei casi previsti da norme comunitarie o norme di legge, rispetto alle quali l'intervento dell'Autorità in via amministrativa avrà carattere esecutivo.

L'emanazione della legge n. 239/04 ha quindi comportato l'esaurimento dei poteri dell'Autorità rispetto alle attività libere nel settore, poichè il legislatore ha ritenuto che fosse esaurita la fase di "transizione protetta" al mercato non vincolato, e con detta normativa ha quindi inibito all'Autorità stessa ogni ulteriore intervento regolatorio sulle stesse che non sia fondato su una disposizione di legge o una norma comunitaria.

La delibera dell'Autorità n. 195/02, recepita dalla successiva delibera n. 207/02 adottata in base ai poteri espressamente conferiti da una legislazione di urgenza, meglio delineati da un decreto presidenziale, continuerà ad essere efficace fino al termine stabilito dall'art. 1.2 di quest'ultima ed individuato nell'accettazione, da parte del cliente, di una nuova offerta contrattuale.

Facendo applicazione di tali principi al caso di specie, se ne deduce che con il provvedimento impugnato l'Autorità ha illegittimamente attuato un intervento regolatorio nei confronti delle imprese esercenti l'attività di vendita all'ingrosso del gas naturale, attività che è libera e per la quale non è individuabile un fondamento legislativo o comunitario che disponga un obbligo di servizio pubblico.

Tale fondamento non può essere individuato nel d.l. n. 193/02, pur richiamato dall'Autorità nelle premesse dell'impugnato provvedimento, poiché - si ripete - l'emanazione della legge n. 239/04 ha determinato l'esaurimento dei poteri dell'Autorità medesima rispetto alle attività libere nel settore, avendo il legislatore ritenuto esaurita la fase di "transizione protetta" dal mercato vincolato a quello libero. Deve quindi ritenersi che esso non ponga alcun obbligo di servizio pubblico per le attività dichiarate libere dalla suddetta legge n. 239/04.

Tale conclusione deriva anche dalla considerazione delle conseguenze, sul piano interpretativo, che deriverebbero da una tesi opposta. Infatti, se dovesse intendersi, in base alla richiamata normativa d'urgenza, immutato l'esercizio del potere regolatorio in ambito tariffario anche nell'attività liberalizzata della vendita del gas ai clienti idonei, dovrebbe sostenersi allora che l'Autorità, al di fuori ed al di sopra di ogni vincolo imposto dalla normativa comunitaria, sarebbe arbitra di spostare il limite temporale di cessazione effettiva del regime regolatorio in favore dei clienti già vincolati, prolungando quel sistema di "protezione" dato con la decretazione d'urgenza, ritardando, in tal modo, il momento della scelta di una nuova offerta contrattuale che fissa simbolicamente (giusta la delibera 207/02) il passaggio del cliente finale (già vincolato) al libero mercato. Ma una tale conclusione porrebbe seri dubbi di coerenza della normativa richiamata con gli obblighi comunitari di liberalizzazione del mercato nella vendita del gas.

Il primo motivo di ricorso merita quindi accoglimento, e ciò trae seco il travolgimento dell'intera delibera 248/04 impugnata.

7. Il ricorso è fondato, peraltro, anche in relazione ad ulteriori doglianze dedotte.

7.1 La ricorrente lamenta che il procedimento adottato per emanare l'impugnata deliberazione sarebbe viziato poiché agli interessati non sarebbe stato concesso un termine congruo per presentare le proprie osservazioni, nessuna delle quali, peraltro, sarebbe poi stata accolta.

Questo Tribunale ha costantemente affermato che, nell'ambito dei procedimenti avviati dall'Autorità per emanare provvedimenti amministrativi generali, l'intervento degli interessati non si pone come strumento per controdedurre alle intenzioni dell'Autorità medesima, bensì in funzione collaborativa con questa, poiché le garanzie partecipative di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, non sono applicabili ai procedimenti volti ad emanare atti a contenuto normativo o generale, e tale normativa non costituisce perciò base normativa dell'intervento degli operatori interessati nei procedimenti in questione, che trova invece legittimazione nella (sola) delibera dell'Autorità n. 61/97.

Il Collegio non ha motivo per discostarsi da questo orientamento. L'Autorità, perciò, non è obbligata ad accogliere alcuna delle osservazioni che siano presentate nel corso dei procedimenti in questione, né a motivare in specifico sulla loro reiezione.

Inoltre, eventuali difformità tra il documento di consultazione ed il provvedimento finale non hanno effetto viziante: non si può infatti pensare che l'Autorità debba ricominciare il procedimento ogni qualvolta intenda discostarsi da quanto esposto nel primo, poiché ciò condurrebbe alla sostanziale paralisi dei processi decisionali. Ciò implica la reiezione del quarto motivo di ricorso.

Questo non toglie, peraltro, che gli operatori interessati all'emanazione del provvedimento generale debbano essere messi in condizione di valutarne adeguatamente l'impatto sia sulle proprie imprese, che sul mercato in generale, in modo da fornire all'Autorità elementi sufficientemente meditati. A tal scopo deve loro essere concesso un termine congruo, in relazione alla complessità ed all'impatto dell'emanando provvedimento.

Nel caso di specie, il documento di consultazione è stato diffuso il 30 novembre 2004, ed è stato indicato come termine ultimo per la presentazione di osservazioni il 13 dicembre 2004. Gli operatori hanno perciò avuto a disposizione solo tredici giorni, dei quali solamente nove lavorativi (con esclusione del sabato e della domenica). Tale termine appare oggettivamente breve, alla luce dell'impatto che l'atto in corso di emanazione avrebbe provocato sul mercato e dell'importanza delle sei questioni di discussione poste dal documento medesimo dal quale, peraltro, non si evincono ragioni di particolare urgenza tali da giustificare la concessione di un così breve termine.

E' vero che, come replicato dall'Avvocatura (ed ammesso dalla stessa ricorrente), osservazioni delle associazioni di categoria sono poi state formulate nonostante l'asserita brevità del termine; ma questa argomentazione non toglie rilevanza al vizio partecipativo, poiché si può pensare che, proprio per la particolare incisività e straordinarietà delle misure adottate, se fosse stato concesso un termine più lungo, gli operatori avrebbero potuto formulare osservazioni più approfondite, e forse anche in numero maggiore.

Anche sotto questo profilo il provvedimento impugnato é dunque illegittimo e deve essere annullato, in accoglimento *in parte qua* del settimo motivo di ricorso.

7.2 Il ricorso è fondato anche sotto il profilo della lamentata carenza di istruttoria, di cui al motivo sesto.

7.2.1 L'Autorità, nella relazione tecnica al provvedimento impugnato (pag. 4), afferma di avere avviato con la delibera n. 188/04 un'indagine sul mercato,

richiedendo agli operatori elementi conoscitivi in ordine ai contratti da loro stipulati al fine di acquisire dati utili a valutare la revisione delle modalità di aggiornamento della componente materia prima. A seguito della sospensione del provvedimento, continua la relazione (pag. 5), all'Autorità sono pervenute le risposte di soli trenta operatori, alcune delle quali contenenti solo elementi descrittivi.

Ciononostante, sulla base di questi soli elementi l'Autorità si è indotta ad emanare il provvedimento oggetto del gravame, basandosi sull'assunto che sia prassi degli operatori più efficiente quella di prevedere, nei propri contratti, clausole di salvaguardia che limitino l'incidenza dell'aumento dei prezzi dei prodotti petroliferi, qualora detto aumento non rientri in un intervallo predeterminato.

L'Autorità dimostra così di avere avuto necessità di elementi conoscitivi sulle prassi contrattuali vigenti nel mercato per emanare il provvedimento in questione, e a fronte del rifiuto opposto dalla maggioranza degli operatori (basato sull'ordinanza di sospensione della delibera n. 188/04 resa da questo Tribunale Amministrativo), ha egualmente emanato il provvedimento *de quo*, sulla base di una campionatura di mercato inferiore a quella da essa stessa ritenuta necessaria, e della cui congruità non è data dimostrazione in sede di relazione tecnica, al di là di una generica ed apodittica affermazione secondo la quale tra gli elementi conoscitivi acquisiti vi sarebbero quelli relativi ad "alcuni dei principali importatori".

La documentazione depositata dall'Avvocatura dello Stato per l'udienza di discussione, in disparte il fatto che è stata prodotta in lingue straniere (inglese e francese) con violazione dell'art. 122, comma primo, c.p.c., contiene solo raccomandazioni circa l'inserimento nei contratti di durata di clausole di salvaguardia, ma non dimostra che l'uso delle stesse sia invalso nella contrattualistica italiana di settore. E ciò a prescindere da quanto evidenziato nei precedenti punti della motivazione sul potere dell'Autorità, la quale non può legittimare il proprio potere d'intervento, in contraddizione con il principio di libertà nei rapporti contrattuali afferenti ad attività liberalizzate, su un criterio di efficienza la cui genesi trova la sua fonte in una scelta libera (previdente senza dubbio, ma pur sempre una scelta libera) maturata all'interno del rapporto contrattuale medesimo.

7.2.2 La previsione di un meccanismo di autotutela atto ad esonerare singoli operatori dall'applicazione del provvedimento gravato non determina la carenza di interesse ad impugnarlo, poiché la possibilità di ottenerne in sede amministrativa l'annullamento non impedisce la sua impugnativa giurisdizionale. Piuttosto, questa circostanza conferma ed aggrava il vizio di istruttoria che affligge il provvedimento oggetto di controversia poiché, in disparte l'anomalia costituita dall'emanazione di un provvedimento generale destinato a non essere applicato in casi concreti, perdendo in tal modo la

propria connotazione di generalità, dimostra che la stessa Autorità non era certa della congruità degli elementi conoscitivi acquisiti a supporto del medesimo.

7.2.3 Se poi, come sembra emergere dalla lettura delle difese dell'Avvocatura dello Stato (pagg. 13 e 14 della prima memoria difensiva), scopo dell'Autorità era quello di incentivare l'efficienza nel settore rendendo comunque obbligatoria l'introduzione nella contrattualistica della clausola di salvaguardia, a prescindere dall'effettiva ed attuale operatività della stessa, il provvedimento impugnato, in disparte quanto già detto circa il potere dell'Autorità di emanare una disposizione con tale contenuto, avrebbe comunque dovuto essere basato su premesse diverse da quelle concretate.

7.2.4 Non rileva quanto esposto dall'Avvocatura dello Stato nella memoria finale prodotta per l'udienza di discussione, vale a dire che, a seguito della decisione nel merito dei ricorsi avverso la delibera 188/04, che ha consentito di darvi parziale esecuzione, gli assunti posti dall'Autorità a fondamento della delibera oggetto di gravame avrebbero trovato conferma. Si tratta infatti di un inammissibile tentativo di motivazione postuma, in corso di causa, del provvedimento impugnato che non contraddice comunque il rilievo che al momento dell'adozione della sua delibera l'Autorità non avesse riferimenti sicuri, tanto da preannunciare un futuro eventuale atto di autotutela. Sicché tale elemento, secondo i principi della buona amministrazione, avrebbe dovuto indurre l'Autorità a revocare l'illegittimo provvedimento gravato e ad emanare una successiva deliberazione, basata sui dati in tal modo acquisiti.

7.3 Il provvedimento in discussione è illegittimo anche perché, come dedotto dalla ricorrente nel nono ed ultimo motivo di ricorso, pretende di modificare le condizioni economiche di vendita del gas naturale ad anno termico già iniziato, con la conseguente necessità, per ogni operatore, di rivedere i contratti già stipulati e la conseguente alterazione degli equilibri sinallagmatici nel mercato.

Il provvedimento, d'altra parte, si fonda su una circostanza, l'aumento dei prezzi petroliferi, che non si è verificata successivamente al primo ottobre 2004, ma era già in atto precedentemente, ed avrebbe dovuto consigliare all'Autorità - a prescindere, si ripete, dall'aspetto della sussistenza del suo potere - di intervenire, tempestivamente, prima dell'inizio dell'anno termico.

8. Per le ragioni suesposte, il provvedimento impugnato deve essere annullato, con assorbimento degli ulteriori motivi di doglianza.

Sussistono tuttavia giuste ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese di causa, in relazione alla parziale novità ed alla complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

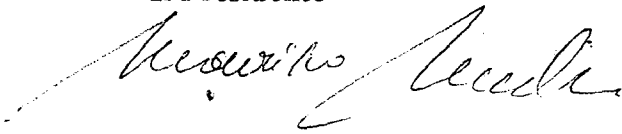
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione IV, definitivamente pronunciando, dichiara inammissibile il ricorso incidentale di ASPES GAS SRL. Accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Milano, il 28 Giugno 2005, nella camera di consiglio.

Il Presidente



Il Referendario est.

